Per

Lo signor marchesino di Acerno
D. Luigi Mascari.

QUal sia il legittimo successore alla primogenitura ordinata da D. Francesco Mirabelli nel suo testamento dell' anno 1703? D. Luigi Mascari, che gode la sorte di trovarsi nella discendenza di D. Ferdinando Mirabelli, il quale fu il primo ed unico possessore della primogenitura, intende di dover esso succedere, in esclusione delle signore D. Cicilia, D. Marianna, e D. Saveria iMirabelli. Queste al contrario, quali figliuole d D. Pietro, che fu fratello terzogenito del possessore, vantano dritto e ragione alla succelsione, e fan conto di escludere esse il loro contraddittore. Cui di loro debbasi la succession della primogenitura, è la contesa, che si propone alla decision del tribunale. L' unico testo, che dee dar norma alla decisione, è il testamento del fondatore. Ma in questo testo unico trovano i contendenti sentimenti diversi: e quindi la contesa ricade a disputa d' interpretazione e di sentimento. D. Luigi Mascari, il cui buon dritto è alla nostra difesa commesso, è sostenuto dal testamento, è favorito dalle proprie voci del testato-

re, è protetto da' chiari sensi dell' animo suo. Quindi opera nostra è quella di dimostrare, che il sentimento e le intenzioni e le voci del testatore chiamino unicamente lui, e neghino ogni dritto di successione alle contraddittrici. Per riuscire in questa operazione terremo il metodo legale di combinare tutte le idee del testatore (1), e di determinarne le ambigue espressioni col certo criterio delle leggi (2). Trattato con questa operazione molto dritta il testamento di D. Francesco, saprà esso stesso somministrare ampia e solida difesa al nostro clientolo.

Testamento di D. Francesco Mirabelli.

IL testamento contiene le leggi, che si danno alla futura successione, ed al tempo avvenire; ed i testatori sogliono dilettarsi molto di questa seducente oc-

(1) *Ex contextu testamenti. L. 75. D. de leg. III. L. 50. §. 3. D. de leg. I. L. 15. C. de fideic. Mantica de conjectur. lib. 6. c. 12. n. 4.*

(2) *Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem. L. 69. D. de leg. III. = Verba debent intelligi civili modo, L. sicut D. de servis, & intelligitur civili, scilicet sicut jus intelligit. De Franch. ad tit. Qui feud. dar. poss. n. 19. = Vocabula juri subjiciuntur explicanda, non jura vocabulis. Kahl lex. jurid. h. v.*

occupazione (3). Quindi D. Francesco tra le possibili combinazioni, che seppe antivedere o nella trista imagine di una temuta sterilità, o nel lieto aspetto di sperata fecondità della sua famiglia, decise diversamente della sorte delle sue fortune. Egli testò nel 1703., ed istituì erede l'unico suo figlio maschio D. Daniello, il quale aveva già procreato il picciolo D. Gregorio. E guardando prima la gradita figura della perpetuità della sua famiglia, fondò una primogenitura sopra il suo ampio fondo detto *lischi*, e *camino*, diretta alla conservazione della medesima sua famiglia. *Item lascia jure legati al signor D. Gregorio Mirabelli di età di mesi sette, figlio primogenito del sig. D.Daniele, un suo stabile ... nominato lischi e camino ..., quali unitamrent vuole esso testatore, che sieno, e seguita la sua mote, e passino in pieno dominio, possessione, e percezione di detto signor D. Gregorio, con le infrascritte condizioni e clausole, cioè che detto stabile e terre non possano mai alienarsi, nec sub quovis titulo aut prætextu distraersi, vendersi, pignorarsi, o in qualunque modo levarsi dalla casa e famiglia di Mirabelli*. Poichè il testatore diresse le sue beneficenze alla casa, e famiglia Mirabelli, è necessità il sapere, qual era, a sentimento suo, quella casa, e famiglia, che egli contemplò. Ed egli stesso colle sue proprie voci dichiara le sue idee, ed apre tutti i sensi dell' ani-

(3) *Solatium fati est voluntas ultra fatum. Lipsius præfat. in lib. de cruce.*

nimo ſuo . La famiglia Mirabelli riconoſceva in quel tempo l' unico ceppo in D. Daniello, e queſti aveva un ſolo rampollo nel picciolo D. Gregorio. Queſta famiglia effettiva poteva dare una tanta e sì varia diramazione, quanti erano li poſſibili figli e diſcendenti di D.Gregorio, e di D.Daniello. Tutta queſta poſſibile diramazione e moltiplicazion di diſcendenze riſcoſſe la contemplazion del teſtatore, il quale la invitò, ma con queſto ordine e con queſta ſucceſſiva gradazione. Chiamò in primo luogo i primogeniti *di famiglia* diſcendente da D. Gregorio: indi i primogeniti *di famiglia* diſcendente dagli altri figli di D. Daniello: *quali ſtabili .. non poſſano mai in qualſivoglia modo levarſi dalla caſa e famiglia di Mirabelli dal corpo di detto signor D. Gregorio legitime diſcendente: e morendo ſenza figli, quod abſit, detto signor D. Gregorio, paſſino in pieno dominio, poſſeſſione &c. agli altri figli dal corpo di detto signor D. Daniele legitime diſcendenti: che ſempre vadino da primogenito in primogenito di caſa e famiglia di Mirabelli diſcendente da detto signor D. Gregorio: ed in ſua mancanza ſenza eredi, diſcendente da detto signor D. Daniele.*

Neceſſario effetto di tal diſpoſizione è, che cominciando la primogenitura o da D. Gregorio, o da altro figlio di D. Daniello, dovea in progreſſo continuare nelle riſpettive diſcendenze, colla coſtante preferenza de' primogeniti. E non dee quì ommetterſi di avvertire, che il teſtatore non appone mai l' aggiunto *maſchi* agl' individui, che invita. Sempre

pre che egli nomina *figli* , *discendenti* , *eredi* , *primogeniti* , non adopera le necessarie precauzioni nè di distinguerli colla prerogativa di maschi , nè di escludere le femine . Da questo costante stile del testatore è ben sostenuto il seguente raziocinio . Le leggi , secondocchè noi appresso nettamente dimostreremo , prescrivono , che la voce famiglia comprenda tutta la parentela ; e che la discendenza comprenda tutta la posterità di maschi e di femine . E da ciò avviene , che , quando il testatore non ha ristretta la legale ampiezza di questi termini (4) , non lo abbia voluto fare , giacchè è grave argomento , che non vuole colui , che potendo , non fa ciò, che può . Ora poichè egli , che solo poteva , non lo ha fatto : poichè non ha egli ristretta o diversificata la legal nozione delle voci , è solennemente a noi vietato di dipartircene (5) .

(4) Niuno è autorizzato a far distinzioni su quelli stabilimenti , i quali parlano ne' termini generali, e non distinguono, nè restringono il loro significato. *Argum. l.* 3. *D. de Offic. Præsid. L.* 8. *D. de public. in rem action. L.* 1. §. 1. *D. de aleator.* Ecco il fondamento della massima : *ubi lex* , *&* *testator non distinguit* , *nec nos distinguere debemus* . = *Non est audiendus monitore Zasio* , *nec ferendus aliquo modo* , *qui verbum simpliciter positum a toto ad certam qualitatem restringit* . *Kahl v. Verbum* .

(5) *Cum in verbis nulla est ambiguitas, non debet ad*

Ed a ben discuter l'affare, noi troviamo, che lo stesso testatore in vece di allontanarsi dalle legali idee delle voci, vi si attacca strettamente, e le adotta, come è evidente da un'altra parte del suo testamento. Esisteva nel fondo soggetto alla primogenitura una chiesetta sotto l'invocazione di s. Maria di Loreto. Egli assegna rendite certe a questa chiesa, e vi stabilisce un patronato, *che sia sempre della sua famiglia di Mirabelli*. Dichiarando poi la persona, che deve esercitar questo patronato, lo destina *a' suoi successori* in perpetuum; *non dovendosi moltiplicare mai la voce per la moltiplicazione degli eredi, e successori, ma sempre la nomina sia da primogenito a primogenito così di maschio, come di femina*. Ed ecco ridotto ad evidenza di dimostrazione, che il testatore non volle restringere a' soli maschi quelle voci, che le leggi hanno fatte comuni a' maschi ed alle femine.

Fin quì il testatore ha fatte le sue disposizioni su la complicata idea, che D. Gregorio avesse prole, e che D. Daniello generasse altri figli, nelle discendenze de' quali potesse conservarsi la primogenitura: poichè la primogenitura passata allora nel possesso di costoro colla stabilita gradazione, doveva in progresso continuare in tutte le loro discendenze. Ma poteva stare ancora, che accadesse il contrario. Ed ecco l'ima-

---

admitti voluntatis quaestio L. 25. §. 1. D. de leg. III. Non est locus conjecturis, cum verba clara interpretationem non recipiunt. Castillo quotid. controv. lib. IV. c. 10. n. 6.

l' imagine funesta della temuta sterilità. Potea avvenire, che D. Gregorio morisse senza prole; e D. Daniello altresì non generasse più figli. Mancando tutti questi, mancavano per conseguenza le discendenze invitate. Ma potea similmente avvenire, che ciascun di loro lasciasse solamente figlie femine. In questi accidenti il testatore fa nuove disposizioni. Ed in primo luogo, se ambedue cioè D. Gregorio, e D. Daniello morissero senza prole alcuna, ordina, che lo stabile disciolto dal vincolo, rimanga a libera disposizione dell' ultimo moriente: *Vuol esso testatore, che morendo* casu, quod absit, *detto signor D. Gregorio senza figli legittimi, e naturali, e ritrovandosi detto signor D. Daniele senz' altri figli nè maschi, nè femine, di suo corpo legitime discendenti, onde non si potesse ademplire la sudetta sostituzione, come di sopra, in tal caso detto stabile & terre* ut supra, *vadino a beneficio di detto signor D. Daniele, e l'incorpori con tutta la sua eredità, e restino a beneficio del medesimo, come ultimo moriente della sua linea*. Questo caso non è avvenuto, perchè avendo D.Daniello lasciati superstiti altri figli maschi, non è stato l' ultimo della sua linea, e conseguentemente non ha potuto disporre de' beni soggetti. In secondo luogo, se mancava D. Gregorio senza maschi, e D.Daniello similmente senza figli maschi, ma con sole femine, prescrive la stessa gradazione, cioè, che debbano con ordine di primogenitura succedere prima le femine di D. Gregorio, indi le femine di D. Daniello: *In caso, che morisse*, quod absit *detto signor D. Gregorio e D. Daniele senz' al-*

altri figli maschi legitimi e naturali , ma lasciassero solamente femine, in tal caso vuol esso testatore , che in detto stabile e terre succedano sempre le femine discendenti da detto signor D. Gregorio , ed in loro mancanza le femine di detto signor D. Daniele legitime discendenti . E questo secondo caso neppur è avvenuto, perchè D. Daniello ha lasciato altri figli maschi, ne' quali la primogenitura è entrata, e la esistenza de' quali ha fatto cessar la disposizione diretta dal testatore al caso della loro mancanza. E' osservazione assai naturale , che questo luogo ci obbliga a fare , che le femine discendenti, gradatamente chiamate alla primogenitura, sono invitate nel solo ed unico caso, che D. Gregorio e D. Daniello non avessero *altri figli maschi* . Or poichè è avvenuto , che D. Daniello abbia procreato, e lasciato superstiti figliuoli maschi , si è già fatto il caso, che sia mancata la condizione, e quindi le femine non possono più pretendere (6) per questo capo del testamento.

Aveva il testatore supposta la mancanza de'figli di primo grado così di D.Gregorio, come successivamente di D. Daniello. Ma finalmente suppone la esistenza de'figli di primo grado, e la mancanza de'posteri nelle lor discendenze , in tanto che la primogenitura riducasi ad un solo discendente, sia maschio, sia femina. In questa nuova circostanza il testatore è più minuto

(6) *L. 17. §. 4. 5. D. Ad. S. C. Trebell. L. 6. C. de instit. & substit.*

nuto ancora; e replicando, che questo ultimo discendente si deve intendere isolato, senza fratelli, senza sorelle, senza figli, prescrive, che in questa total mancanza, abbia egli il pieno arbitrio di disporre de'beni soggetti alla primogenitura: *Vuol esso testatore, che l'ultimo moriente sia maschio, sia femina, discendente tanto da detto signor D. Gregorio, quanto da detto signor D. Daniele, senza lasciar fratelli, nè sorelle, nè figli di suo corpo legitime discendenti, abbia il pieno arbitrio di disponere*. Dunque se la primogenitura spettasse ad uno di questi discendenti, e questo discendente fosse femina, e costei avesse o fratelli, o sorelle, o figli, la primogenitura stessa non è a di lei libera disposizione, ma rimane soggetta al vincolo, in cui si ritrova, e dovrà deferirsi anche a' figli, che dal di lei corpo legittimamente discendono, e per conseguenza son fuori della sua agnazione.

Da tutta questa discussione e da questo esame analitico, che abbiam fatto del testamento, possiamo ora trarne alcune somme, che esibiscano in ristretto le nette disposizioni del testatore.

Somma del testamento.

I. LA primogenitura è destinata alla casa e famiglia Mirabelli.

II. Questa casa e famiglia dividesi in tante discendenze, quante si possono formare da D. Gregorio, e dagli altri figli di D. Daniello.

III. La discendenza del primogenito è preferita alle al-

altre discendenze ; e tra gl' individui di tutte le discendenze è preferito il primogenito.

IV. Tra questi primogeniti esistenti nelle discendenze posseditrici, non è dal testatore decisa la prelazione de' maschi della discendenza invitata in secondo luogo, alle femine della discendenza invitata in primo luogo.

V. La primogenitura caduta in femina, che abbia figli, continua col vincolo di primogenitura, senzachè la femina stessa ne possa in conto alcuno disporre.

Poichè tal' è il testamento, e tale la volontà di D. D. Francesco, veggiamo ora, che sia avvenuto nella famiglia, per iscorgere qual parte della sua disposizione debba regolare e decidere la presente contesa.

Avvenimenti della famiglia Mirabelli: e stato della contesa.

D. Gregorio primogenito di D. Daniello, e primo invitato alla primogenitura morì giovinetto, e senza veruna generazione. D. Daniello procreò altri figli maschi, cioè D. Ferdinando, D. Nicola, e D. Pietro. Questi avvenimenti resero inutili due capitoli del testamento. Il primo è quello, che riguarda tutto ciò, che fu particolarmente disposto per D. Gregorio. Il secondo è quello, che riguarda il favor delle femine, caso che D. Daniello non procreasse altri figli maschi: i quali essendo poi nati, ed avendo sopravvivuto a D. Daniello, hanno

no fatto estinguere ogni dritto, che per la mancanza di essi appartener poteva alle femine (7).

La primogenitura dunque, secondo il precetto del testatore, cominciò nella persona di D. Ferdinando, cui la morte di D. Gregorio senza prole fece occupare il luogo di primogenito: e da questo primogenito nacque l' unica figliuola D. Ippolita. D. Nicola fu sempre celibe: D. Pietro fu maritato, e generò sole femine D. Marianna, D. Saveria, e D. Cicilia.

D. Ippolita, tolto in marito il signor marchese di Acerno D. Geronimo Mascari, e dati alla luce D. Luigi e D. Antonio, premorì al padre: ed il padre D. Ferdinando sopravvisse, e fu pacifico possessore della primogenitura fino al 1781. Nel tempo della sua morte esistevano D. Luigi, e D. Antonio Mascari, che eran suoi nipoti; ed esistevano similmente D. Nicola, e D. Pietro Mirabelli, ch' erano suoi germani. D. Luigi Mascari, qual primogenito di D. Ippolita pretese il possesso della primogenitura, perchè a rigor di legge egli si trovava nella famiglia Mirabelli, era discendente di D. Ferdinando ultimo possessor della primogenitura, ed era primogenito nella sua discendenza: ed ottenne il preambolo dalla G. Corte (8), e gli ordini della im-

(7) *L. 6. C. De instit. & subst. L. 17. §. 4. 5. D. Ad S. C. Trebell.*

(8) *Fol. 20. Atti della Vicaria.*

immissione in possesso dal S. Consiglio (9). Gli stessi ordini aveva ottenuto D. Nicola Mirabelli dalla corte di Scigliano (10) : onde si oppose a D. Luigi, chiedendo la primogenitura per se , e credendo, che la sola agnazione maschile, non già tutta la famiglia Mirabelli dovesse formare il dritto di ottenerla. In questo conflitto il S. Consiglio decretò il sequestro de' beni (11). Intanto si domandò e si ottenne il compromesso (12): questo fu cominciato con D. Nicola (13): alla di lui morte senza prole fu proseguito da D.Pietro (14): e morto ancor questo, fu finalmente terminato colle figlie di D.Pietro(15). Il laudo si è promulgato (16), e contro al laudo si son prodott' i gravami.

Da questi avvenimenti ecco qual contesa producesi. Poichè D. Gregorio morì senza prole, e poichè nacquero altri figli a D. Daniello, avviene, che il testamento di D. Francesco Mirabelli sia ridotto a' soli due casi, che toccano i presenti litiganti.

Il

(9) *Fol. 9. Atti del Consiglio.*

(10) *Fol. 20. Atti del Consiglio.*

(11) *Fol. 53. 54. 57. Atti del Consiglio.*

(12) *Fol. 35. Atti della Vicaria.*

(13) *Fol. 37. Atti della Vicaria.*

(14) *Fol. 40. 41. Atti della Vicaria. Fol. 110. 111. Atti del Consiglio.*

(15) *Fol. 50. Atti della Vicaria.*

(16) *Fol. 71. ad 79. 80. ad 103. 132. ad 134. Atti della Vicaria.*

Il primo è quello, che deferisce la primogenitura alla casa e famiglia Mirabelli discendente dagli altri figli di D. Daniello; e tra questa discendenza preferisce i soli primogeniti. Il secondo è quello, che supponendo la primogenitura caduta in femina, gliene concede la libera disposizione, quando essa non avesse figli. E' certo ancora, che tra' discendenti degli altri figli di D. Daniello non esistono ora, se non se i signori Mascari, e le figlie di D. Pietro. D. Luigi ha fondata l' evidente sua ragione nel presentarsi in giudizio come il primogenito discendente dalla diramazion primogenita della famiglia Mirabelli, e per conseguenza come il solo, che oggi debba andare alla primogenitura. All' incontro gli avversarj, assegnando alla primogenitura stessa la qualità agnatizia or saltuaria ora regolare, vogliono, che D. Luigi resti escluso dalla primogenitura; e che anche quando la di lui madre avesse potuto esservi preferita, per esser ella premorta a D. Ferdinando, sono rimasti troncati tutti i vantati dritti di D.Luigi. E' adunque sicuro, che tutta la disputa tra' contendenti riducesi ad un solo esame. Qual è la natura della primogenitura? agnatizia sia saltuaria sia regolare, o familiare discendentale? Imperocchè se la *famiglia e la discendenza* vincono *l' agnazione*, D. Luigi Mascari, che si trova per legge nella famiglia Mirabelli, e nella discendenza di D. Ferdinando possessore della primogenitura, escluderà sicuramente tutti gli altri pretendenti. Al contrario se *l' agnazione* vincerà *la famiglia e la discendenza*, D. Luigi avrà una ragione di meno; e sarà nel dritto di esaminare

re

re l' altro punto ſubalterno, che ſimilmente determinerà la volontà del teſtatore in favor ſuo nel caſo preſente, in cui l'agnazione Mirabelli è ridotta al ſuo ultimo punto, cioè a ſole femine.

Noi eſponendo la ragione D.Luigi, ſoſterremo con evidenza legale, che la primogenitura è ſemplicemente familiare per tutti i primogeniti, che ſi trovano nelle diſcendenze de' figli di D. Daniello; e tale è D. Luigi. E dimoſtreremo in ſecondo luogo, che anche quando tal primogenitura foſſe agnatizia, pure nelle preſenti circoſtanze, in cui l'agnazione è ridotta a ſole femine, D. Luigi, qual figlio primogenito della primogenita, deve altresì ottenere la preferenza, nulla importando, che la madre ſia premorta all'avolo. La volontà del teſtatore, e gli ſtabilimenti de' legislatori ſono le due ſolide baſi, ſu le quali poggerà la noſtra dimoſtrazione.

La

La primogenitura non è agnatizia nè saltuaria, nè regolare, ma è familiare per tutta la discendenza e da' maschi e dalle femine Mirabelli. D. Luigi Mascari è tra' discendenti della famiglia, ed è primogenito tra la discendenza del primogenito D. Ferdinando.

IL testator vuole, che la primogenitura sia sempre della casa e famiglia Mirabelli: e dividendosi questa famiglia in molte discendenze, sien preferiti i primogeniti della discendenza primogenita agli altri individui di tutta la famiglia. Ci lusinghiamo risolutamente, che non possa ritrovarsi chi opponga alcun sofisma a questa netta volontà del testatore, il quale ha determinato il suo giudizio a questo modo. Sia e vada la primogenitura alla casa e famiglia Mirabelli discendente in primo luogo dal primogenito D. Gregorio, ed in mancanza di questa, vada alla casa e famiglia Mirabelli discendente dagli altri figli di D. Daniello: e vada sempre con ordine di primogenitura. Queste son le parole del testamento: esse non altri invitano, che la famiglia Mirabelli; e tra' discendenti di questa famiglia preferiscono i soli primogeniti. Or queste parole son chiare, nitide, lampanti; debbo-

bono dunque, senza far quistione, precisamente osservarsi (17).

E qual è la nozione della casa e famiglia Mirabelli? quali sono i discendenti da essa? Ogni parola è suscettibile di varie nozioni: ma ogni parola si deve interpretare con quel sentimento, che è adatto alla sostanza, e alle circostanze della cosa, che trattasi (18). Trattasi ora quistione di fedecommesso; dunque le voci *casa*, *famiglia*, *discendenza*, debbonsi prendere giusta le nozioni della giurisprudenza. Le leggi vogliono, che i maschi e le femine, e i posteri de' maschi e delle femine, e fin anche le mogli di questi posteri, sien tutti inclusi in questi ampj nomi. Quindi accade, che facendo noi siffatta dimostrazione, otterremo giustamente, che la primogenitura sia familiare, e da conservarsi nelle discendenze de' figli di D. Daniello, senza verun riguardo di preferenza all' agnazione, e che

(17) *Cum in verbis nulla est ambiguitas, non debet admitti voluntatis quæstio L.* 25. §. 1 *D. De leg.* 111. = *Clara atque aperta dispositio præcise observanda est, nec litibus aperienda via*. Molin. de Hisp. primog *lib.*3. *cap.*5 = *Non est locus conjecturis, cum verba clara interpretationem non recipiunt*. Castillo *quotid. controv. lib.* 4. *cap.*10. *n.*6. = Fusar. *De fideic. quæst.* 385. *n.* 37. = De Franchis *decis.* 169. = *Rot. Rom. decis.* 429. *n.* 19.

(18) *Secundum subjectam materiam*. *Baldus ad titt. C. Commod. & de contrah. emtion.*

che D. Luigi Mascari, primogenito discendente da D. Ferdinando, debba escludere ogni altro individuo della famiglia.

Per dare una inespugnabile pruova del nostro assunto, e per farci incontra a quelle difficoltà, che potrebbero torsi dal rigor della prima giurisprudenza, esporremo le sue variazioni secondo i tempi diversi, e dimostreremo, che essa si è finalmente fermata nelle idee da noi proposte, le quali sono state ampiamente applaudite nel foro.

Giurisprudenza delle pandette.

GLi antichi, esatti osservatori de'costumi e delle idee de'loro maggiori, conservarono le primiere determinazioni tramandate loro da'primi fondatori della propria civiltà. Nelle loro leggi si distinse sempre il dritto della natura, che è immutabile, dal dritto della società, che è mutabile (9). La natura for-

 ma-

(9) *Cognationis substantia bifariam apud romanos intelligitur: nam quædam cognationes jure civili, quædam naturali connectuntur: nonnunquam utroque jure concurrente, & naturali & civili copulatur cognatio. Et quidem naturalis cognatio per se sine civili cognatione intelligitur, quæ per feminam descendit, quæ vulgo liberos peperit: civilis autem per se, quæ etiam legitima dicitur, sine jure naturali cognatio*

mava i legami della parentela, e la parentela legata dalla natura non dovea distruggersi da'nuovi legami della società (20). La società regolò le pertinenze delle successioni, le quali dipendendo dalla libera volontà degli uomini, furon dirette alla conservazione di que' fini, che credeansi conferire alla felicità dello stato. Uno di questi fini fu la conservazione de' primi ceppi di famiglie: e persuasi gli antichi, che il sangue di ciascuno si propagasse, e si conservasse colla sola opera del maschio ad esclusione della feminil vanteria (21), stabilirono nelle loro leggi, che le successioni dovessero regolarsi sempre colla preferenza del sangue maschile. Laonde furono invitati gli agnati, e i gentili (22), e furono escluse le

tio consistit per adoptionem: utroque jure consistit cognatio, cum justis nuptiis contractis copulatur. Sed naturalis quidem cognatio hoc ipso nomine appellatur: civilis autem cognatio, licet ipsa quoque per se plenissime hoc nomine vocetur, proprie tamen adgnatio vocatur, videlicet, quæ per mares contingit. L. 4. §. 2. D. de grad. & adfinib.

(20) *Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt, L. 8. D. De R. J. = Jus agnationis non posse pacto repudiari, non magis, quam ut quis dicat, nolle suum esse, Juliani sententia est. L. 34. D. De pact.*

(21) Maupertuis Venus phisiqu. *chap.* 2. Aristot. *de generat. anim. lib.* 2. *c.* 4.

(22) *Ast si intestato moritur, cui sUs heres nec extabit*

le femine (23). Ma quando cessava il fine degli antichi per la conservazione della roba in quelle persone, nelle quali si conservava il sangue de' primi ceppi, erano rispettati i dritti della natura; ed a' maschi ed alle femine generalmente si esibiva la stessa riverenza in altri rincontri (24). Quindi fu, che in tutte le altre occasioni, il pretore facea rispettare il dritto della natura, comune agli uomini ed alle femine, tranne le successioni. Era vietato di chiamare in giudizio alcune persone, perchè la naturale onestà nol permetteva (25): e questa stessa onestà naturale non permettevalo nè contro a' maschi, nè contro alle femine *in infinitum* (26). Lo

 stesso

bit, agnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec escit, gentilis familiam heres nancitor. XII. Tabb. in V.

(23) La Legge Voconia, dichiarata dal Perizonio.

(24) *Generaliter eas personas, quibus reverentia præstanda est, sine jussu prætoris in jus vocare non possumus. L. 13. D. De in jus vocand.*

(25) *Prætor ait: parentem, patronum, patronam, liberos, parentes patroni, patronæ, in jus sine permissu meo ne quis vocet. L. 4. §. 1. D. De in jus vocand.*

(26) *Liberos parentesque, patroni patronæque; utriusque sexus accipere debemus. L. 10. §. 5. D. De in jus voc.*

Parentem utriusque sexus accipe. Sed an in infinitum quæ-

ſteſſo accade nella preſtazione di alcuni legati per una equità naturale dovuta a' maggiori, ed a' poſteri d'ambedue i ſeſſi *in infinitum* (27). Lo ſteſſo accade nelle ſatisdazioni: le quali erano nulle, ſe cadevano in quelle perſone, che non dovean eſſer chiamate in giudizio, e ch' erano e maſchi e femine, e diſcendenti da femine (28). E la ſteſſa norma ſi adoprava a beneficio de' maſchi e delle femine, e de' diſcendenti di ambedue, nelle altre combinazioni della ſocietà, a riſerba delle ſucceſſioni. Dal che ſiegue, che dominavano allora due idee relative alle appartenenze del ſangue. Se ſi

quæritur? Cajus Caſſius omnes in infinitum parentes dicit, quod & honeſtius eſt, & merito obtinuit. L. 4. §. 2. D. *De in jus voc.*

(27) *Hic titulus æquitatem quamdam habet naturalem, & ad aliquid novam; ut qui judicia patris reſcindunt per contra tabulas bonorum poſſeſſionem, ex judicio ejus quibusdam perſonis legata & fideicommiſſa præſtarent: hoc eſt liberis & parentibus, uxori nuruique dotis nomine legatum. Generaliter autem parentes & liberos prætor excepit: nec gradus liberorum parentumve enumeravit: in infinitum igitur eis præſtabitur: ſed nec perſonas proſequutus eſt: utrum ex virili ſexu, an ex feminino deſcendant. Quisquis igitur ex liberis parentibuſque fuerit, ad legati petitionem admittetur: ſed ita demum, ſi jura cognationis ſunt inter eos.* L. 1. D. *De leg. præſt.*

(28) L. 2. §. 1. & 2. D. *Qui ſatisdar. cogant.*

si trattasse di decidere una controversia, che essendo aliena dalle successioni, toccasse i legami del sangue, come per esempio il chiamare in giudizio, il satisdare, il prestare gli accennati legati, tutte quelle persone, che appartenevano al sangue, e le quali vanno ora sotto il nome generale di *cognazione*, aveano lo stesso dritto. Se poi si trattasse di successione, queste persone restringevansi all'agnazione, o al più *al nome*, *alla gente*, cioè a coloro soltanto, che discendendo dallo stesso ceppo adornavansi del medesimo stemma. Ecco perchè il dritto antico, quando parla *di casa*, di *famiglia*, restringela a quelle sole persone, che dipendendo dal medesimo ceppo, portano lo stesso nome. Quindi avviene ancora, che i *fedecommessi di famiglia*, de' quali tratta questo dritto delle pandette, doveansi restringere a quelle sole persone, che partendo dallo stesso ceppo aveano lo stesso nome (29). Imperocchè in ragione di successione *la famiglia* per questo antico dritto non usciva da tali cancelli. E da queste regole è avvenuto, che i giureconsulti hanno annunziata come una massima innegabile, che le femine (30) ed i figli delle fe-

 mine,

(29) *In fideicommisso, quod familiæ relinquitur, hi ad petitionem ejus admitti possunt, qui nominati sunt; aut post eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint. L.* 32. §. *6. L.* 67. *& L.* 69. *D. De leg. II.*

(30) *Mulier familiæ suæ & caput & finis est. L.* 195. §. *fin. D. de V. S.*

mine (31) non debbono giammai formare alcuno degli anelli progreſſivi di quella catena, della quale componſi la famiglia di un cittadino cui è deſtinato il *nome* particolare. Ecco eſpoſto il ſiſtema e le idee della giuriſprudenza antegiuſtinianea.

Giuriſprudenza di Giuſtiniano.

FRa il fervido predominio, che queſte idee aveano nella giuriſprudenza, ſurſe certo fermento, che cominciò a riſvegliare gli ſpiriti, ed accenderli a ſeguire una ragione aſſai più ſemplice, e più vicina a' potenti impulſi della parlante natura. Al tempo di Giuſtiniano le primiere ſottigliezze de' giureconſulti cominciarono a perdere l'antico vigore, e le regole delle ſucceſſioni furon calcolate diverſamente. La ſemplicità fu dichiarata una qualità amichevole alle leggi (32). Ed i giuriſti di quel tempo parlarono in queſte voci. Se egli è vero, che lo ſteſſo ſangue diſcorre nelle vene de' maſchi e delle femine diſcendenti da un ſolo cittadino: ſe la natura dirigge il cuore dell' uomo ad amar egualmente

(31) *Feminarum liberos in familia earum non eſſe palam eſt, quia qui naſcuntur patris, non matris familiam ſequuntur*. *L.* 195. §. 1. *D. de V. S.*

(32) *Simplicitatem legibus amicam*. §. 3. *Inſt. De ſucceſſ. cognat.*

mente i maſchi, e le femine, che naſcon da noi (33), non è una crudeltà, che le leggi contraddicano la natura, e preferiſcano i maſchi alle femine? Queſta preferenza fu creduta giuriſprudenza da barbari (34); tantochè animò gli avvocati dell'Illirico ad eſporne le doglianze in una rappreſentanza diretta all'imperador Giuſtiniano. Sembrava loro una contraddizione, la quale accendeva il conflitto tra le leggi allora eſiſtenti, e l'opinion dominante. Le leggi voleano, che in materia di ſucceſſione a' fedecommeſſi *laſciati alla famiglia*, andaſſero eſcluſe le femine e i lor diſcendenti: l' opinion naturale de' tempi opponeva l'eguaglianza di amore tra' maſchi e le femine, e credea giuſto d'includer nella *famiglia* gli uni e le altre, e i diſcendenti di ambedue. Il trono imperiale occupoſſi di un progetto riformatore delle antiche determinazioni, le quali era-

no

(33) *Inæqualitas illa juris inter deſcendentes ex maſculis & feminis injurioſa in ipſam naturam, quomodo alibi naturæ accuſatores appellat Juſtinianus, qui differentiam inducunt inter maſculos & feminas*. Vinnius *ad §. 15. n. 2. Inſt. De heredit. quæ ab inteſt. defer.*

(34) *Manifeſta enim æquitate deſtituta eſſe juris romani placita, & ab omni ſimplicitate recedere adeo notum conclamatumque eſt, ut ne quidem in uſu forenſi romanorum ad minimum in Oriente ſubſiſtere diu potuerint. Boehmer. Exercit. LXI. §. VI. Novell. XXI. in pr.*

no già violentemente ſcoſſe dalle idee allora ſignoreggianti. Lo imperadore trovò degna di plauſo la rappreſentanza ſpinta dall' Illirico, e formò una ſua deciſione diretta a determinare i ſucceſsori chiamati a quel ſedecommeſso, *quod familiæ relinquitur*. Dopo queſta deciſione di Giuſtiniano, ſenza più aver riguardo alle antecedenti diſpoſizioni di legge, ella fu l' unica regola di tali volontà. Queſta contiene il dritto noviſſimo, a cui dobbiamo attenerci, e la cui ignoranza, ſecondo la filoſofia de'giureconſulti, degrada ogni cittadino ben nato (35). Ecco dunque la nuova giuriſprudenza ſpirante umaniſſime e naturali idee: *Suggeſtioni Illyricianæ reſpondentes ſancimus*, familiæ nomen *talem habere vigorem: parentes & liberos, omneſque propinquos, & ſubſtantiam: libertos etiam & patronos, nec non ſervos per hanc appellationem ſignificari: & ſi quis per ſuum elogium* fideicommiſsum familiæ reliquerit, *nulla ſpeciali adjectione ſuper certis quibusdam perſonis facta, non ſolum propinquos, ſed etiam his deficientibus, generum & nurum: eos enim nobis humanum eſſe videtur ad fideicommiſſum vocari* (36).

Il lume riverberante da queſto dritto noviſſimo, o ſieno le conſeguenze di eſso, coſtituiſcono tra le certezze morali, che il nome di *famiglia* contenga i ma-

(35) *Turpe eſſe patricio & nobili & cauſſas oranti jus, in quo verſaretur, ignorare*. **L. 2. §. 43. D. De** *orig. jur.*

(36) **L.** *ult.* **C. De V. S.**

maſchi, le femine, e gl' infiniti diſcendenti da ambedue, e tutta la propinquità, la proſſimità, la parentela. Or la voce *caſa* ha la ſteſſa nozione, che la voce *famiglia* in occaſione di ſucceſſioni. *Domus* non è il materiale, ma indica tutti quelli, che nel materiale ſon contenuti (37). Ed i giureconſulti chiamano della ſteſſa *caſa* que', che ſono della ſteſſa *famiglia*, e tutti, che appartengono allo *ſteſſo ceppo* (38). Quando dunque un teſtator dice *caſa e famiglia*, non ha fatto altro, che indicare con maggior premura la medeſima ſua idea.

Lo ſteſſo Giuſtiniano, vario quanto ſi accuſa nella compoſizion delle leggi, è ſtato però ſempre coſtante in queſta materia. Egli dopo di aver aſſegnata la legale neceſſaria nozione della voce *famiglia*, ci preſcrive colle medeſime regole la nozione de' *diſcendenti*, e ce l' annunzia nella nobil novella CXVIII regolatrice delle ſucceſſioni generalmente. In eſsa diſpiegò, quali foſſero *i diſcendenti*, *e quali perſone ſi conteneſſero nella diſcendenza* di un cittadino. E replicatamente, e ſovranamente preſcriſſe, che ſotto il nome di diſcendenti vanno eziandio i po-

(37) *Domus quandoque familia eſt . . per metonymiam tanquam continentis pro contento. Kahl. h. v.*

(38) *Recte ejuſdem familiæ appellabuntur, qui ex eadem domo & gente proditi ſunt. L.* 195. §. 2. *D. de V. S. L.* 1. §. 11. *D. de S. C. Silan. L.* 17. *D.* *de teſtib.*

i posteri delle femine (39), determinando altamente, che non si debba tollerare la compressione delle femine in grazia de' soli maschi, anzi debbasi osservare in contrario una perfetta eguaglianza ne' maschi e nelle femine (40), e ne' loro nipoti, trinepoti &c.

Dichiarazione della giurisprudenza di Giustiniano. Sapienza del foro.

Al nostro proposito è giusto, che il gravissimo magistrato si compiaccia di riflettere, che Giustiniano tra' successori di *famiglia* comprende il numero di tutte quelle persone, che da' giureconsulti erano considerati in tutte l' altre occasioni, dalle successioni in fuori: anzi l' estende più oltre; poicchè vi aggiunge il genero, e la nuora, i quali da Modestino sono messi tra gli affini, non tra' cognati (41): e si spiegò ne' termini più ampj, volendo, che in questo nome si comprendesse tutta la parentela: *omnes propinqui*. Dal che siegue, che avendo Giustiniano allargato la comprensiva *della famiglia* in materia di successioni a' fedecommessi familiari, a beneficio di tutte quelle persone, che

(39) *Cap.* 1. 2. 4. *Novell.* 118.

(40) *Unum ordinem in omnibus ponimus nepotibus & pronepotibus, non ferentes feminam a masculo in talibus minui. Novell.* 118. *c.* 4.

(41) *L.* 4. §. 3. *D. de grad. & adfin.*

che in altre occasioni erano rispettate dagli antichi giureconsulti, in ogni evento deve il nome *famiglia* estendersi egualmente. Ed essendo così, è chiaro, che siccome i giureconsulti hanno compreso in quelle persone i maschi e le femine, e i discendenti *in infinito* da ambedue (42), così ne' fedecommessi lasciati alla famiglia sono ammessi i maschi, e le femine, e i discendenti ancora da ambedue. Inoltre avendo Giustiniano invitati *omnes propinquos*, cioè tutta la parentela, egli stesso spiega se medesimo nelle sue istituzioni (43), disponendo, che in questo nome si comprende tutta la cognazione, nello stesso modo, che anticamente si comprendeva ed è annunziata dagli antichi giureconsulti (44).

A questa dottrina di novissima giurisprudenza è uniforme la dottrina accolta nel foro. E noi esponendo questa forense sapienza, darem opera a dimostrare la uniformità sua colle leggi romane, e l'approvazione, ch' essa accorda costantemente all' esposta teorìa, per così distruggere tutto lo sforzo degli avversarj, che sostengono l'opinione opposta.

Ed essi imprendono a dar forza ad un lontano rumore, che coll' autorità di alcuni forensi cercano di

(42) *L. 1. D. de leg. præst.*

(43) *Proximitatis nomine iis solis prætor promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, & ex septimo a sobrino sobrinave nato natave* §. 5. *Inst. de success. cognat.*

(44) *L. 1.* §. 3. *D. unde cognati.*

di rendere tumultuoso, spargendo ne' poco accorti spiriti, non essere giusto, che i fedecommessi e le primogeniture de' tempi nostri sieno riputati della medesima qualità de' fedecommessi accennati nelle leggi romane (45); onde debbano regolarsi con determinazioni diverse dalle medesime. Noi non dobbiamo innoltrarci in tutto l'oceano di questa disputa inquieta, che si potrebbe stendere fino all'infinito; sapendosi bene, che gli scrittori hanno assomigliata la materia delle sostituzioni, e de' fedecommessi al mare dell'Inghilterra, che essi dicono essere senza fondo (46). Alieni per indole da ciò, che non ci tocca, restringendo l'esame al caso nostro, vedremo, che disposizioni simili alle disposizioni del tempo nostro ritrovansi nelle leggi romane, e che le leggi romane ne custodiscono esattamente i termini: ed inoltre dimostreremo, che anche quando le nostre disposizioni avessero a regolarsi colle nostre costumanze, pure le primogeniture per costante sapienza del foro, debbano deferirsi colle stesse regole.

Vi ha una legge nelle pandette (47), l'uno de' cui paragrafi è riputato fra i più illustri del corpo giustinia-

(45) *De Luca de fideicomm. disc.202. num.* 10.

(46) *Substitutionum materiam haberi uti mare Anglicanum, quod sine fundo dicitur, doctores asserunt. De Rosa in prax. civil. cap.* 4. *num.* 3.

(47) *In fideicommisso, quod familiæ relinquitur, hi*

nianeo (48). Modeſtino vi tratta il caſo *di un fedecommeſſo laſciato alla famiglia*. Il teſtatore avea nominati alcuni della famiglia in primo luogo, e vi avea foſtituiti in ulteriore invito tutti gli altri individui della famiglia. Come dovea regolarſi la ſucceſsione a tal fedecommeſso? Modeſtino riſpoſe, che tutti quelli, che eran del nome, della famiglia del teſtatore, vi erano invitati, ma colla debita gradazione: ed in primo luogo doveano ammetterſi gl' individui particolarmente nominati: in ſecondo luogo gli altri della famiglia, che aveſsero la proſsimità del grado (49). E ſe il teſtatore aveſſe diretto più oltre la volontà ſua, dovean pure ammetterſi gli ulteriori chiamati (50) Queſti ulteriori gra-

hi ad petitionem ejus admitti poſſunt, qui nominati ſunt: aut poſt eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo teſtator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati ſint; niſi ſpecialiter defunctus ad ulteriores voluntatem ſuam extenderit. L. 32. §. 6. *D. de leg.II.*

(48) *Quod ad nobilem illum* §. 6. *in fideicommiſſo attinet. Brunnem. ad l.* 32. *D. de leg.* 2. *num.*4.

(49) *In fideicommiſſo, quod familiæ relinquitur, hi ad petitionem ejus admitti poſſunt, qui nominati ſunt: aut poſt eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint.*

(50) *Niſi ſpecialiter defunctus ad ulteriores voluntatem ſuam extenderit.*

gradi d'invito poteano contenersi nel fedecommesso lasciato col divieto dell'alienazione dalla famiglia prediletta. Lo che spiegando Papiniano prescrive, che il fedecommesso si deve perpetuamente conservare nella famiglia con ordine di prossimità successiva, e coll'obbligo, che il più prossimo ammesso al fedecommesso dia cauzione agli ulteriori chiamati di restituirlo (51). L'analisi di questi due responsi di Modestino e di Papiniano è, che un testatore lasciò un fedecommesso alla famiglia. Di questa famiglia preferì alcuni individui agli altri; e gl'indivi-

---

Ad fideicommissum, quando plures vocati sunt de familia, tunc illi, qui primo nominati sunt, & post hos alii, qui proximi sunt, vocentur. **Brunnem.** *ad l.* 32. *D. de leg. II. num.* 5.

(51) *Fratre herede instituto petiit, ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur. Si non paruerit heres voluntati, sed domum alienaverit, vel extero herede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerunt. Quid ergo si non sunt ejusdem gradus? ita res temperari debet, ut proximus quisque primo loco videatur invitatus: nec tamen ideo sequentium caussa propter superiores in posterum lædi debet, sed ita proximus quisque admittendus est, si paratus sit cavere, se familiæ domum restituturum. L.* 69. *§.* 3. *D. de leg. II.*

Res contra prohibitionem alienata extra familiam, revocatur per omnes de familia, ordine tamen successivo. **Brunnemann.** *ad l.* 69. *D. de leg. II. num.* 8.

vidui preferiti furono da lui particolarmente nominati: gli altri individui di tutta la famiglia furon compresi nel generale invito della famiglia stessa. Accaduta disputa su questa successione, i giureconsulti opinarono, che dovessero essere ammessi in primo luogo que', che erano stati particolarmente nominati: e dopo la estinzione di tutti questi, fossero i più prossimi della famiglia preferiti a' più lontani. E se questi più prossimi sien tutti in egual grado, tutti debbon esserci ammessi, quante volte però la volontà del testatore non decidesse altrimenti. Or se la volontà del testatore decidesse, che tra questi più prossimi si dovesse osservare qualunque preferenza o di età, o di discendenza, la volontà del testatore sarebbe certamente l' unica legge a seguire. Tanto impone Giustiniano (52). Tale appunto, anzi più netta, è la disposizione di D. Francesco Mirabelli. Ella è la disposizione del tempo nostro, che a noi incumbe trovar uniforme colla disposizione romana. D. Francesco fonda un fedecommesso per la famiglia Mirabelli. In questa famiglia preferisce con ordine di primogenitura gl' individui della discendenza primogenita a tutte le altre persone di essa. Dunque è deciso, che la primogenitura dee durar sempre in tutte le discendenze della famiglia: e dee godersi in primo luogo dalla discendenza primogenita, e dopo l'estinzione di tutta

C que-

(52) *Disponat unusquisque de rebus suis, & sit lex ejus voluntas. Nov. XXII. cap. II.*

questa, si dee deferire collo stess'ordine agli altri più prossimi. Ed ecco come la primogenitura di D.Francesco ha le medesime qualità del fedecommesso di Modestino e di Papiniano, al quale senz'alcun dubbio la volontà del testatore poteva apporre la qualità della indivisibilità, o della prelazione di uno agli altri di egual grado tra' chiamati. Quindi se la causa è la stessa, non veggiamo, perchè non si dee regolare colle stesse leggi (53). E' più vero dunque l'assicurare, che nel caso presente questo primogeniale fedecommesso si trova nello stesso equilibrio del fedecommesso romano, nè vi ha veruna differenza fra l'uno e l'altro. E così va a cadere l'opinione del De Luca, dietro la quale si fonda la diversità de' fedecommessi nostri da' romani, il quale ammette, che si ritrovano nel corpo delle leggi romane i fedecommessi del nostro tempo nella forma ordinaria, ma niega, che vi si possan trovare le primogeniture (54).

Ma si ammetta poi per poco, che sien differenti: quali saranno le leggi, le quali dovrebbero regolare la nostra primogenitura? Noi non sappiamo ancora, che esista un codice particolare direttore de' nostri fedecommessi, e delle nostre primogeniture, se non quello, che piace a' disponenti di stabilire. E noi

(53) *Ubi est eadem ratio, debet esse eadem juris dispositio*. De Franch. ad tit. *De iis, qui feud. dar.* §. *Hoc autem n.* 23.

(54) *Disc.* 102. *num.* 10.

noi abbiam veduto, che la diſpoſizione di D. Franceſco Mirabelli è uniforme alla diſpoſizione delle leggi romane, ed alle idee di famiglia e diſcendenza ſtabilite da Giuſtiniano.

Intanto nel più aſpro cimento ſi potrebbe dire, che i noſtri fedecommeſsi, e le noſtre primogeniture ſi debbano regolare co' noſtri coſtumi. Ed eccoci alla eſpoſizione più vicina delle regole adottate nel foro.

Riandandoſi le origini de' noſtri fedecommeſſi, è ſembrato a taluni di rinvenirli negli uſi delle riſpettive nazioni, e regolarli colle opinioni accolte dalle nazioni medeſime, ed introdotte dagli uſi ſteſſi (55). E queſte regole ſi ſon attinte probabilmente dalle ſucceſſioni feudali, dominanti in ciaſcun paeſe (56), ſicchè le ſucceſſioni feudali ſono ſtate ſempre la norma delle ſucceſſioni fedecommeſſarie (57). Or quali ſono le noſtre

(55) *Boehmer. Exercitat. ad Pandect. XXXI. & LXXI.*

(56) *Pecchia lib. I. c. 14.*

(57) De Roſa livella la ſucceſſione delle primogeniture cogli uſi de' feudi. *Conſult. jur. 69. n. 85.* Iſernia parlando della ſucceſſione de' feudi, confuſamente vi avvolge le primogeniture, e mette gli uni e le altre nello ſteſſo diritto. *Ad Conſtit. Ut de ſucceſſionib. verſic. illi, qui tenent.* E lo ſteſſo accennano gli addenti a queſta gloſſa d' Iſernia, ed altra folla di ſcrittori.

ſucceſſioni feudali nelle linee , e nelle diſcendenze de' poſſeſſori de' feudi ? Erano incerte a' tempi dell' Imperador Federico , e coſtui ne fiſsò il dritto nella linea retta . *Feuda tenenti filios & nepotes & ex eis pronepotes , trinepotes , & uſque ad infinitum ex deſcendenti linea deſcendentes* , cujuſcumque ſexus ſint, *libere & abſolute poſſe ſuccedere , ſervata tamen ſexus prærogativa , ut mulieri maſculus præferatur , nec non majoris ætatis inter eos , qui vivunt in regno ſpecialiter jure francorum* (58). Da queſta coſtituzione ſi rileva, che la ſucceſſion feudale nella linea retta comprende tutti i diſcendenti maſchi e femine e i poſteri di ambedue, *deſcendentes cujuſcumque ſexus ſint* , colla ſola prerogativa del ſeſſo e dell'età tra quelli , che ſono nello ſteſſo grado congiunti all' ultimo poſſeſsore (59). Queſta ſucceſſione è durata coſtantemente preſſo di noi ſenza minima reſtrizione : quindi i dottori del noſtro regno hanno ſoſtenuto ſenza contraſto il dritto del ſeſſo feminile (60) . Se dunque nelle noſtre primogeniture debbonſi ammettere tutt' i diſcendenti

(58) *Conſt. Ut de ſucceſſionibus .*

(59) *Surd. conſ.* 308.= *Torr. de majorat. ital. c.*25. §. 24.

(60) *Secundo nota qualiter filii nati ex femina non ſuccedunt . Sed hoc videtur durum , quia ceſſante cauſſa prohibitionis , ceſſat prohibitio . Sed in filia femina ceſſant rationes , de quibus ſupra . Ergo &c. De Franch. Ad tit. qui feud. dar. poſs. ad § Hoc autem. n.* 25.

denti d'ambedue i fessi, colla sola qualità della indivisibilità a favore del primogenito, e della prelazione de' maschi alle femine, quando si trovassero in eguali circostanze, non vi può esser dubbio alcuno, che i maschi e le femine e i rispettivi discendenti da' possessori di ambedue i sessi debbano ancor ammettersi alla successione delle primogeniture.

E quindi accade, che si leggono comunemente presso gli scrittori molte decisioni, nelle quali è determinato, che nelle primogeniture il figlio della femina discendente da primogenito sia preferito al maschio di altra discendenza. Antonio Scarampo acquistò feudi, e fondò un majorasco. Ebbe due figliuoli Ludovico il primo, e Pietro il secondo. Ludovico ebbe una sola figlia, che gli premorì, lasciando dalle sue nozze Antonio juniore. Pietro contrastò a questo Antonio la successione del feudo, e del majorasco. Ma fu deciso a favore del nipote del possessore, come della discendenza primogenita. Questa decisione fu approvata da Carlo V. Imperadore e da Filippo II. Re di Spagna (61). Il medesimo sentimento è sostenuto dal nostro Rovito a favore così del nipote contro al patruo, come ancora della nipote dal primogenito contro al zio terzogenito (62).

 Al-

(61) *Surd. consf.* 308. = *Torre de major. ital. c.* 25. *n.* 24.

(62) *Rovit. decis.* 51. *n.* 11.

Altri illuſtri nomi di rinomati ſcrittori han ſoſtenute le ſteſſe idee. Noi tanto più volentieri ne riferiremo le autorità (63), quanto più certo ſcorgeremo, che eſſendo i loro ſentimenti uniformi a tutto ciò, che già abbiam dimoſtrato colle regole del dritto romano, taccian per ſempre coloro, i quali voleſſero opporci la diverſità di quelle regole dalle regole delle primogeniture preſenti. Imperocchè ſe le preſenti primogeniture ſecondo le autorità degli ſcrittori moderni debbono deferirſi a quelle perſone, che ſi trovano nel dritto romano preferite, è un aſſurdo il dire, che debbono regolarſi con dritti diverſi.

Raffaello Fulgoſio, il più acuto talento de' tempi ſuoi, ebbe la ſorte d'innalzarſi a maeſtro riſpettato e venerato nella ſcuola, e nel foro. Rinomati uomini ſeguirono il ſuo ſtendardo, ed egli inſegnò, e fu approvato. *I diſcendenti maſchi*, diſs' egli, ſon ancora i *diſcendenti maſchi delle femine* (64), e quando un teſtatore chiama il diſcendente maſchio, non è certamente eſcluſo il maſchio diſcendente dalla femina. Il ſuo conſiglio 85 fu ricevuto per regola inalterabile, e la ſua teoria fu riputata ſicura. Con queſta dottrina quanto dritto creſcerebbe a D. Lui-
gi-

(63) *Exordior ab auctoritate, quæ etſi apud juſtos rerum aeſtimatores nihil virium habere debet, nihilominus hodie noſtro malo adeo valet, ut plerumque rationi prævaleat*. De Roſa Conſult. jur. II. n. 5.

(64) *Conſil.* 85.

gi Mascari? La primogenitura, secondo le posizioni del Fulgosio, diretta a' *discendenti maschi*, non esclude i *maschi* discendenti da femina. La primogenitura, secondo la posizione del nostro testatore, è diretta a' pretti *discendenti* de' figli di D. Daniello, senza che si nominino *discendenti maschi*: e quindi con maggiore e più sicura legal ragione i maschi dalla femina, e le femine da' maschi debbon esserv' inclusi. Questa è l'idea, che le leggi danno alla parola *discendenti* (65), e questi *discendenti* annunziati semplicemente e senza l'aggiunto *maschi*, significano i maschi e le femine, ed i posteri d'ambedue (66).

Risultato della giurisprudenza di Giustiniano, e della sapienza del foro.

LE leggi dunque prescrivono, che il nome *di casa e famiglia* comprende i maschi e le femine, e i discendenti *in infinito* da' maschi, e dalle femine: che il nome di *discendenza* si estende egualmente a' maschi e alle femine, e agl' infiniti posteri de' maschi e del-

(65) *Novell.CXVIII. Notissima ac facilis ab omnibusque recepta est conclusio, quod si testator substituit descendentes vel liberos, censetur substituisse omnes in infinitum. Fusar. quæst.327. n.1.*

(66) *L. 195. D. de V.S. Merenda Controvers. jur. VI. c. 1. n. 5. 20.*

e delle femine: e finalmente, che il fedecommeſſo *laſciato alla famiglia* ſi deve deferire a tutti coloro, che ſon compreſi da Giuſtiniano nel nome *famiglia e diſcendenza*, cioè ne' maſchi e nelle femine e ne' poſteri *in infinito*, che naſcono da ambedue (67).

Applicazione al teſtamento di D. Franceſco.

QUeſta, che abbiamo in una conveniente ampiezza allegata, è la legge, il cui ſpirito è umano, e chiari i precetti. Ma qual' è deſſa la volontà di D. Franceſco Mirabelli, che noi dobbiamo a queſta giuriſprudenza riportare? Eccola chiara netta e ſpedita. Egli ha ſtabilito il fedecommeſſo per *la caſa*, e *per la famiglia* Mirabelli, *diſcendente* in primo luogo dal corpo di D. Gregorio, ed in mancanza di eſſa, per *la caſa e famiglia Mirabelli diſcendente dagli altri figli* di D. Daniello con ordine di primogenitura. Dunque il fedecommeſſo è familiare, perchè diretto alla famiglia Mirabelli: e queſto familiar fedecommeſso dee deferirſi in primo luogo ad una diramazione di eſſa famiglia, che ſarà formatrice della di-

(67) *Juſtinianus agnatorum diſcrimen totum ſuſtulit, omneſque ſanguine junctos ſola graduum prærogativa tam* in hereditate quam tutela *cenſeri voluit, convenienter juri naturæ: adeo ut nunc proximi e familia tam materna quam paterna tutelam legitimam conſequantur. Huber. Prælect. jur. civil. ad tit. XV. Inſtit. n. 2.*

discendenza di D. Gregorio: indi alle altre diramazioni della stessa famiglia formatrici delle discendenze degli altri figli di D. Daniello con ordine di primogenitura. Di questo espresso volere la unica legal conseguenza è, che tutti coloro, i quali nascono da una di queste discendenze, sieno maschi, sieno femine, sieno posteri degli uni o posteri delle altre, purchè sien primogeniti, debbano godere della primogenitura. E se tutta questa dimostrazione nata dalla volontà del testatore, e confermata da chiarissime leggi, e sostenuta dalla teoria accolta nel foro, e rinvenuta in decisioni identiche, e costante ne' tempi romani, e ne' tempi nostri, è vera, come è verissima, non può negarsi, che la primogenitura sia familiare per tutte le discendenze della famiglia Mirabelli, senza dar luogo giammai ad alcuna preferenza per la sola agnazione.

Poichè queste sono le conseguenze legali di un dritto ragionare, veggiamo ora qual è il fatto avvenuto, e quali sono le persone, che concorrono alla familiare primogenitura stabilita da D. Francesco Mirabelli. Questa importante operazione esibirà una utilissima difesa al nostro clientolo: la qual diefesa ci stringe a rinnovare le idee del fatto. La discendenza di D. Gregorio, ch' era il primogenito di D. Daniello, non vi fu mai. Subentrò dunque la discendenza degli altri figli di D. Daniello. Il primogenito tra questi era D. Ferdinando, dal quale nacque l' unica figliuola D. Ippolita: e da questa sono nati D. Luigi e D. Antonio Mascari. Messi questi incontrastati fatti, resta soltanto ora ad esaminare, se D. Luigi

sia

sia il primogenito della discendenza di D. Ferdinando, e sia incluso tra le persone contenute nella casa e famiglia Mirabelli. Ora se la casa e la famiglia, per espresse determinazioni di legge da noi allegagate più sopra, comprende le infinite discendenze di maschi e di femine; e le discendenze comprendono gl' infiniti posteri di maschi e di femine; e D. Luigi è il primogenito per mezzo di femina tra i posteri delle discendenze procreate da' figli di D. Daniello, progenitore della casa e famiglia Mirabelli, non solo non è dubbio, ma anzi è evidente certezza, che D. Luigi per virtù delle leggi da noi esposte, è il solo chiamato alla primogenitura familiare discendentale di Mirabelli. A tutto ciò si aggiunga una ulteriore gravissima riflessione, che rende più spedito il dritto di D. Luigi: e la riflessione è, che egli è figlio immediato della primogenita di D. Ferdinando. Questa qualità di figlio immediato della femina agnata lo mette fuori di tutte le dispute, che si volessero suscitar contra alle infinite discendenze comprese nella novella di Giustiniano. Egli non è intanto tra queste ulteriori discendenze: ma è il primo cognato uscito dall' agnata figlia del possessore. Non gli si può dunque contendere il dritto di essere collocato tra' discendenti dell' agnata, e tra' discendenti di primo grado della medesima, e quindi trovasi degno di essere senz' alcuna contraddizione ammesso alla successione, che si deve a' *discendenti*.

Ar-

Argomento indissolubile a favore di D. Luigi Mascari.

SI contende, se alla primogenitura istituita da D.Francesco per le discendenze della famiglia, debbono esservi ammessi i figli di femina. Contesa resa clamorosa dalla opposizione degli avversarj: opposizione indegna di esser ascoltata dal magistrato. Il testatore medesimo dichiara se stesso. Egli fonda la primogenitura su'fondi lischi e camino, ed il padronato su la chiesa di S. Maria di Loreto eretta dentro questi fondi. Destina la primogenitura alla famiglia Mirabelli: destinà il padronato alla famiglia Mirabelli. Ecco la stessa disposizione. Il testatore prescrive, che la nomina della cappellania ed il padronato vada *in perpetuo da primogenito in primogenito*: questa stessa determinazione egli stabilisce per la sua primogenitura. Al padronato, istituito per i primogeniti della famiglia, chiama i primogeniti *così di maschio, come di femina*: E non è un assurdo gravissimo il credere, che il testatore sia stato alieno da' primogeniti di femina nella delazione della primogenitura, la quale è stata ordinata ancora per i primogeniti della stessa famiglia? Il contesto del testamento (68) e la stessa ragione animatrice del te-

(68) *Ex contentu testamenti. L. 17. D. de leg. III. L. 50. § 3. D. de leg. I. L. 15. C. de fideic. Mantic. de conjectur. lib. 6. c. 12. n. 4. 5.*

teſtatore (69) c'impone a fiſsare la medeſima ſucceſſione al padronato ed alla primogenitura ſtabilita colle ſteſse mire, e colle ſteſse parole.

Somma del dritto, e del fatto, e dell' applicazione dell' uno e dell' altro.

E' Certo, che D. Franceſco Mirabelli formò una primogenitura familiare colla preferenza delle diſcendenze primogenite alle altre diſcendenze della famiglia. E' certo, che le leggi, le deciſioni, la ſapienza del foro, ammettono tra' diſcendenti della famiglia i maſchi, e le femine, e i loro poſteri *in infinitum*. E' certo, che le dottrine tratte dal corpo giuſtinianeo non ſolo non ſono contrarie alle primogeniture preſenti, e particolarmente alla primogenitura fondata da D. Franceſco, ma lor ſono eziandio uniformi interamente. E' certo in fine, che la volontà del teſtatore ſi è dichiarata apertamente per i primogeniti da maſchi, e da femine. Da tutte queſte certezze ſiegue, che non è conſiderata affatto l' agnazione a preferenza de' cognati, ne' quali concorre con più favorevole dritto la volontà eſpreſsa del teſtatore. E quindi eſſendo D. Luigi Maſcari il primogenito della diſcendenza primo-

(69) *Ubi eſt eadem ratio, debet eſſe eadem juris diſpoſitio. De Franch. ad tit. De iis, qui feud. dar. poſs.* §. *Hoc autem n.* 23.

mogenita, benchè figlio di femina, esser dee preferito a tutti gli altri individui anche agnati della famiglia.

E' compiuta la difesa di D.Luigi, e dovremmo noi imporci silenzio. Chi potrebbe essere ulteriormente avido di prevenire la somma penetrazione de' sapientissimi magistrati, che sanno sostener la ragione di D. Luigi, perchè sanno comprenderla? Ciò non ostante, perchè non resti alcun' ombra di opposizione, ci facciam volentieri ad eseguire nella seconda parte di questa scrittura la promessa nostra, e diligueremo fino alla distruzione le eccezioni degli avversarj.

Stato

Stato presente della famiglia Mirabelli, ridotta a soli figli maschi di femina, e figlie femine di maschio. In questa posizione la primogenitura, ancorchè si supponga agnatizia, è dovuta a D. Luigi Mascari, ch'è figlio maschio di femina, nulla importando la premorienza della madre all'avolo.

ABbiamo già esposto, e giova ora brevemente replicare lo stato presente della famiglia Mirabelli. Nel 1781 morì il possessore D. Ferdinando. Allora cominciò la disputa fra i di lui germani D. Nicola e D. Pietro, e il di lui nipote *ex filia* D. Luigi Mascari. Questo stato cambiò; ed ora esistono solamente i maschi figli di femina primogenita Mirabelli, cioè i signori Mascari, e le femine figlie di maschio terzogenito Mirabelli, cioè le figlie di D. Pietro. Vengano dunque ad essame gli scambievoli dritti.

Opposizioni de' maschi, e delle femine Mirabelli.

QUal fu la opposizion fatta da D. Nicola e D. Pietro Mirabelli in tempo della loro vita? Le loro voci furon

que

queste. Noi siamo agnati nella famiglia Mirabelli. E poichè la primogenitura è agnatizia saltuaria, essa, per espressa legge del testatore, dalla discendenza priva di maschi saltar deve alla discendenza, in cui essi ritrovansi. I defunti non esistono più; ed alla lor voce ammortita è succeduta quella delle viventi figlie di D. Pietro, le quali ragionan così. Noi siamo figlie del possessore, o almeno dobbiamo essere considerate tali, giacchè la primogenitura saltar doveva a beneficio di nostro padre D. Pietro; e siamo eziandio agnate. Quindi alla nostra esclusione ostan due cose: l'una è la non seguita necessaria intera evacuazione della linea migliore, in cui noi ci ritroviamo: l'altra è la necessaria prelazione degli agnati a' cognati. E gli uni e le altre insieme aggiungono, che sebben familiare fosse stata la primogenitura, non è mai arrivato il tempo opportuno di succedervi D. Luigi, giacchè la di lui madre, che sola avrebbe potuto avervi dritto, morì prima di averla acquistata. Ecco dispiegato il gran treno delle contrarie opposizioni.

Si dileguano, perchè i maschi non vivono più, e le femine non sono state mai figlie di possessore.

E Noi con sicurezza imprendiamo, che tutti gli sforzi degli avversarj sentano d'inutilità, e d'intrigo. E quindi gli abbatteremo facilmente l'un dopo l'altro. Ed in primo luogo separiamo le cose

se. Concediamo per poco, che la primogenitura sia agnatizia saltuaria, come i fratelli Mirabelli pretesero. In questa posizione i soli maschi agnati della famiglia Mirabelli avrebbero potuto giovarsene: imperocchè la primogenitura in tal caso dovea saltare perpetuamente cercando il maschio agnato. E poichè i maschi sono mancati già, la qualità agnatizia saltuaria non può, nè deve giovare alle femine. Questa è la natura del salto, in proposito di cui sono e debbono essere così distinte le persone de' maschi dalle persone delle femine, che sarebbe massimo assurdo confonderle insieme (70). L'essenza della qualità agnatizia saltuaria consiste nella necessaria ricerca del maschio agnato. Onde è, che quando il maschio riceve unicamente l'invito dalla sola e propria sua qualità di mascolinità agnatizia, ogni ragione ed ogni umano senso vietano, che sotto il nome maschile vadan comprese le femine (71). Per tutto ciò è evidente, che anche quando la primogeni-

(70) *Exploratum est, appellationem filiorum masculorum & feminarum adeo discretam esse, ut confundi non possint sive vitio orationis. Merend. Controv. jur. IV. 1. 5.*

(71) *Vocatis tantum masculis, non veniunt nisi masculi ex masculis. De Luca de fideic. disc. II. n. 9. Quando semper progrediendum est ad masculos, progressus hic procedere debet de masculo in masculum, nulla interjecta femina. Averan. Interpretat. jur. IV. c. 27. 11.*

genitura fosse stata agnatizia saltuaria, come non è, ella ora, mancando tutt'i maschi agnati, non avrebbe ove saltare. Per questa certa teorìa avviene, che quella ipotesi, la quale avrebbe potuto giovare alle sole persone di D. Nicola e di D. Pietro, ora, ch'essi sono stati da morte rapiti (72), mancano tutte le persone, che possono opporre la qualità agnatizia saltuaria della primogenitura a D. Luigi, che è discendente di D. Ferdinando. Ed ecco come le presenti circostanze de' fatti mettonci fuori delle contese, che i maschi agnati potean suscitare.

Segregata la ragione de' maschi agnati da quella delle femine, e dimostratala inopportuna ed inefficace nello attuale stato delle cose, passiamo ora allo speciale essame delle pretensioni delle femine agnate. La loro voce altro appoggio non ha, se non quello, che è fondato su la diceria di essere esse figlie di possessore: ed essendo perciò della linea migliore, ad esse debba cedere ogni altra persona. Ma molte sono l'eccezioni contra questa proposizione; e l'eccezioni sono e di fatto e di dritto, che unitamente son collegati a renderla vana ed inutile.

Diamo gli argomenti della vanità ed inutilità loro. Non è vero nel fatto, ch' elleno sien figlie del possessore. Dicano, se han coraggio, quando mai il padre loro D. Pietro possedette la primogenitura?

D Il

(72) *Omnia similiter solvit mors. Novel.* XXII. *c.* 20. *Mors ultima linea rerum est. Horat.*

Il primo possessore fu D. Ferdinando. Dopo la sua morte pretese ed ottenne il possesso dalla corte di Scigliano D. Nicola Mirabelli (73). E siccome aveva similmente ottenuto il possesso dal S. Consiglio D. Luigi Mascari (74), avvenne, che D. Nicola non potè far uso de' favori della corte di Scigliano, ed il S. Consiglio soggettò a sequestro la primogenitura, togliendone ad ambedue il possesso (75). Indi la causa fu compromessa con D. Nicola, che a capo di breve tempo morì senza aver avuta giammai prole alcuna. Alla morte di lui surse D. Pietro a rappresentare la qualità agnatizia; ma surse ne' termini del compromesso: lo proseguì essendo tuttavia la primogenitura in sequestro: neppur fece domanda giammai di possesso: morì ancora prima della pubblicazione del laudo. Quando mai dunque D. Pietro è stato il possessore della primogenitura? quando ne ha chiesto almeno il possesso? Il fatto è totalmente opposto. E quando sofisticando avesse potuto vantare qualche possesso D. Nicola per averlo ottenuto col mezzo della corte di Scigliano, non poteva vantarlo giammai D. Pietro, che venne in giudizio e morì durante il sequestro della primogenitura. Il sequestro impedisce ogni possesso (76): e D.

(73) *Fol.* 11. 20. *atti del Consiglio*.
(74) *Fol.*20.*atti della Vicaria. Fol.*9.*atti del Consiglio.*
(75) *Fol.* 53. 54. 57. *atti del Consiglio*.
(76) L. 12. *D. quib. ex causs. in possess. eat. L.* 15. §. 21. *D. de damn. infect.*

e D. Pietro confessa di non essere stato giammai possessore (77).

Ma quì la voce delle sorelle Mirabelli si fa più alta e stridente, e ci dicono, ch'esse *dovevano* essere le figlie del possessore. Le primogeniture passano *tamquam sagitta* a colui, che vi è invitato. Onde essendo questa primogenitura agnatizia saltuaria, tostamente dopo la morte di D. Nicola saltò senz' alcun ajuto, ma per la sola forza dell'impeto suo, al luogo del maschio agnato, che fu D. Pietro, il quale deve a questo riguardo essere considerato il possessore della primogenitura, quantunque non ne avesse preso il naturale possesso. E quì noi abbiamo molte opposte legali teorie atte a sviluppare questo intrigo d'idee, che le sorelle Mirabelli ci espongono in un nodo difficile.

In primo luogo è strano, che si tragga argomento *a potentia ad actum* contra tutte le regole del ragionare. Sia vero, che D. Pietro poteva essere il possessore: egli è però sempre verissimo, che non lo fu giammai. E se le teorie favorevoli alle sorelle Mirabelli prescrivono la continuazione delle primogeniture nelle figlie de' possessori discendenti dalla linea, in cui *le primogeniture sono entrate*, è inutile la di loro briga, quando oppongono una sottigliezza ad una dottrina chiara. I giuristi chieggono, che si e-

(77) *Fol.* 40. 41. *atti della Vicaria*. *Fol.* 110 111. *atti del Consiglio*.

vacuino le linee di que' posſeſsori, dove la primogenitura è entrata. Dunque i posſeſsori debbono eſſere poſſeſsori *di fatto*, non di *potenza*; altrimenti ſi aggiungerebbe alla dottrina, che ſi doveſsero evacuare anche le linee di quegli aerei posſeſsori, ne' quali la primogenitura non è entrata. Lo che ſarebbe aſsurdo tanto grande, quanto è quello di trarre un' affermativa, cioè la linea, in cui è entrata la primogenitura, ad una negativa, cioè alla linea, in cui non entrò mai.

Nè poſſiamo perſuaderci, che la dottrina del tranſito delle primogeniture *tanquam ſagitta*, poſsa favorire le noſtre contraddittrici. Sia qualunque il fato di queſta dottrina, è ſicuro, che l' impeto di queſta ſaetta non colpiſce giammai coloro, che ſono i giuſti pretenſori delle controverſe primogeniture. Eſſe paſſeranno come ſaette a beneficio di quelli, che non hanno contraddittori: tali erano le ſucceſſioni de' feudi longogardi, che *ipſo jure* ſi dovean dividere a tutt' i ſucceſſori del poſſidente, e non avean biſogno di alcun ajuto eſtraneo (78). Tali ſono le ſucceſſioni de' majoraſchi di Spagna per la eſpreſsa legge XLV di Toro (79). Ma tali non ſono le ſucceſſioni de' feudi e delle primogeniture contraddette, il cui poſſeſſo non ſi deferiſce ad alcuno, ſe non dopo il decreto, che ne dichiara la ſpettanza: altrimenti ſareb-

(78) *Galeot. controverſ. jur. lib. 2. controv. 2.*
(79) *Apud Gomeſium ad ll. Tauri.*

rebbero inutili le immissioni in possesso de' feudi, e delle primogeniture, le quali tuttogiorno accadono, e determinano, qual de' due concorrenti debb'andarne al possesso. E di quì accade di essere una sentenza ricevutissima, che la dottrina della evacuazione della linea non debb'aver luogo nel caso di contraddizione con certo dritto. Fingiamo, che concorra il maschio agnato, e la femina figlia del possessore. In questo caso per la evacuazion della linea, la femina dovrebbe averne il possesso. Oibò: rispondono i giuristi: *Quando agnatus in continenti docet de jure suo, tunc omnino est immittendus in possessionem, & feminæ reservanda jura in petitorio, si quæ competere sibi possunt: late doctorum auctoritate, & rerum plane toto orbe judicatarum* (80). E negli stessi majoraschi di Spagna la contraddizione per sentimento di que' nazionali è grande argine al possesso (81). Onde a maggior ragione si va a rilevare la disadatta applicazione dell' accennata dottrina al caso presente di pertinenza contraddetta, e quindi è chiarissima la fallacia e la ingiustizia della pretensione delle sorelle Mirabelli.

Ma vi ha ancora dippiù. Egli è certamente contraddittorio il sentire, che la stessa primogenitura si voglia dagli stessi avversarj una volta agnatizia saltuaria, ed una seconda no. Si è voluta saltuaria, quando si è voluto escludere D. Luigi, ed in-

 clu-

(80) *Galeot. controvers. lib. 1. cont. 25. n. 9.*
(81) *Gomes. ad l. 45. Tauri.*

cludere D. Nicola, e D. Pietro. Allora si confessò in giudizio, che *D. Luigi poteva aspirare alla primogenitura nella mancanza de' maschi Mirabelli* (82). Ora si vuol agnatizia regolare, cioè, continuante nell'agnazione anche non mascolina, per escludere anche D. Luigi, ed includere le figlie di D. Pietro. E questa è pure indegna contraddizione. Se è saltuaria, è irregolare, perchè salta sempre a ritrovare il maschio, dove può ritrovarlo. E' assurda contradizion dunque il volerla dopo la morte de' maschi regolare, e continuante anche nelle femine (83).

Dimostrazione della preferenza dovuta a D. Luigi, attento il presente fato della famiglia.

DOpo che vittoriosamente si è stabilito, che non possano le sorelle Mirabelli essere incluse per le inutili ragioni da esse allegate, è necessario, che dimostriamo, qual deve esser colui, che è stato invitato alla primogenitura. E noi andrem divisando, che anche D. Luigi Mascari dev'essere a tutti preferito, sebben si voglia contra la nitida dimostrazione

(82) *Fol.*

(83) *Quando semper progrediendum est ad masculos, progressus hic procedere debet de masculo in masculum. nulla interjecta femina*. Aver. *interpret. jur. IV* 27. 11.

ne da noi già fatta appiccare alla primogenitura qualunque attributo. E la gran ragione sostenitrice di D. Luigi è sempre la volontà certa del testatore, e la determinazion della legge.

D. Luigi è preferito, perchè è prescritto nel testamento.

NElla presente posizione di cose esistono le sorelle Mirabelli figlie di D. Pietro terzogenito; e D. Luigi Mascari nipote *ex filia* di D. Ferdinando primogenito. Vediamo al principio se questo caso è incluso nel testamento. Due volte il testatore parla della sua famiglia ridotta a stato deplorabile. Parlane la prima volta, quando finge il caso, 'che D. Gregorio e D. Daniello morissesenz' *altri figli maschi*, e lasciassero sole femine: *Vuol esso testatore, che morendo esso D. Gregorio senza figli legittimi e naturali, e ritrovandosi detto signor D. Daniele senz' altri figli nè maschi nè femine di suo corpo legitime discendenti, in tal caso detto stabile vadi a beneficio di D.Daniele*. Di questo caso non può ora trattarsi, giacchè non accadde: D. Daniele procreò e lasciò altri figli maschi, D. Ferdinando, D. Nicola, e D. Pietro. E' inutile dunque questo capo del testamento, per la condizione non purificata (84). Lo che è così chiaro, che lo stesso te-

(84) *L.* 17. §. 4. 5. *D. Ad S.C. Trebell. L.* 6. *C. De instit. & substit.*

teſtatore, in queſto caſo deplorabile, chiamò prima le femine diſcendenti da D. Gregorio, indi le femine diſcendenti da D. Daniello, le quali già eſiſtevano in tempo del teſtamento di D. Franceſco al numero di due, cioè D. Cicilia di anni quattro, e D. Maria di anni tre, e furono contemplate con un legato di ducati 500 per ciaſcuna (85). Ora dunque non ſiamo in queſto caſo. Queſte femine non vengono a concorrere, perchè han perduto il dritto di concorrervi, eſſendo rimaſti ſuperſtiti a D. Gregorio e a D. Daniello i figli maſchi D. Ferdinando, D. Nicola, e D. Pietro, la poſſibile mancanza de'quali ſolamente potea in perſona di eſſe generarlo.

L'altro caſo, in cui il teſtatore ſi finge delle idee funeſte, è il ſeguente: *Dippiù vuole eſſo teſtatore, che l'ultimo moriente, ſia maſchio, ſia femina diſcendente tanto da D. Gregorio, quanto da D. Daniele ſenza laſciar fratelli, nè ſorelle, nè figli di ſuo corpo legitime diſcendenti, abbia il pieno arbitrio di diſporre*. Qual è la idea del teſtatore, e quale il fatto avvenuto? D. Gregorio non ha avuto mai diſcendenti nè maſchi nè femine: dunque non entri in queſta diſcuſſione. D. Daniello ha avuto de' figli e maſchi e femine, ed al preſente ha diſcendenti di queſti maſchi. La primogenitura dunque è di queſti diſcendenti ſenza verun dubbio. Il dubbio ſolo conſiſte a diſtinguere, quale tra i diſcendenti di D. Da-

(85) *Fol.*

D. Daniello si è voluto preferire dal testatore. Comincia il testatore a nominare l'*ultimo moriente*. Questo *ultimo* per legge di natural discorso deve intendersi *possessore*. Imperocchè siccome gli si dà la facoltà di disporre della primogenitura, così doveva essere *l'ultimo possessore della primogenitura stessa*. Fingiamo al presente, che la primogenitura sia agnatizia saltuaria, come si son impegnati a sostenere gli avversarj: l'ultimo possessore sarebbe senza difficoltà veruna *D. Ferdinando Mirabelli*, giacchè D. Pietro non ha posseduto giammai, nè potea possedere; e quando il potea, non è quel possessore di fatto, che dagli scrittori richiedesi. Questo ultimo possessore può disporre, quando non ha *nè fratelli*, *nè sorelle*, *nè figli di suo corpo legitime discendenti*. Quando dunque vi ha qualche persona, che sia fratello, o sorella, o discendente di questo ultimo possessore, costui non ha più il pieno arbitrio a disporre, ma deve la primogenitura continuare in quelle persone nominate, che esisteranno. Al tempo della morte di D. Ferdinando esistevano i suoi germani, e i suoi discendenti *ex filia*. Continuò dunque la primogenitura. E siccome è legge del sangue, che la roba si deferisca con maggior ragione a' discendenti, che a' collaterali (86), così non avendo il testatore stabilita precedenza tra le persone nominate (87), le leggi stesse prescrivono la

(86) *Novell.* CXVIII.

(87) Il testatore non preferì alcuno de' tre ordini nominati: *fratelli*, *sorelle*, *figli discendenti*.

la preferenza de' discendenti a' collaterali. Ed eccoci alla seconda ragione della preferenza dovuta a D. Luigi.

D. Luigi è preferito, perchè è prescritto nelle leggi.

Quando il testatore non ha ristretto l'invito piuttosto ad una persona, che ad un altra, basta, che il gravato adempisca la restituzione ad una delle persone invitate, perchè non gli si possa opporre alcuna molestia. Questa è la teoria delle leggi. Marciano(88) e Papiniano(89) esaminano un testamento simile al nostro. Avea un testatore lasciato un fondo alla sua famiglia, ma non aveva invitato particolarmente alcuno della famiglia stessa (90). D. Francesco ha lasciata la sua primogenitura alla sua famiglia. Esistevano tre della famiglia del testatore indicato nelle leggi (91). D. Francesco considerando la sua primogenitura ne' tempi futuri, suppone un di lei possessore con fratelli, con sorelle, e con discendenti: tre sorte di persone della propria famiglia

(88) *L.* 114. §. 15. 16. 17. 18. *D. De leg. I.*
(89) *L.* 67. *pr.* & §. 2. *D. De leg. II.*
(90) *Ne fundum alienaret, & ut in familia relinqueret.*
(91) *Si forte tres ex familia essent ejus, qui fideicommissum reliquit, eodem vel dispari gradu.*

glia. Il fedecommessario de' giureconsulti scelse uno a suo talento a preferenza degli altri due. D. Ferdinando possessore della primogenitura ha lasciato tutti i suoi dritti a' suoi discendenti, che a preferenza degli altri due, cioè de' fratelli e delle sorelle, ne sono i legittimi eredi.. Si chiese a' giureconsulti, se gli altri due della famiglia pospostì avesso ragione di opporre al preferito, che non erasi adempito alla volontà del testatore. Nò, rispondono i giureconsulti: *Verum est enim, in familia reliquisse, licet uni reliquerit. Satis erit uni reliquisse.* E si darà molestia a' discendenti di D. Ferdinando, i quali con sì chiaro sostegno di leggi son preferiti a' di lui germani fratelli? Questa molestia è contra giustizia, e 'l dice lo stesso Papiniano. Un testatore ebbe due figli, un de' quali era morto, lasciando di se un sol figlio. Il testatore istituì eredi ambedue, e dispose, che se il nipote morisse tra gli anni trenta, restituisse l' eredità al zio. Ecco in questo caso un aperta prelazione del zio al nipote, quando costui morisse in quella età. Morì in fatti il nipote tra' trent' anni, ma lasciò figli. L' avido zio volea la restituzion dell' eredità dal nipote, senza curare gl' interessi de' di lui figli. Ed aveva infatti la chiara espressione del testatore a favor suo. Ma i figli son cosa sacrosanta: è una empietà di violare i loro dritti: e quindi il zio fu escluso (92). Que-

(92) *L. 102. D. De condit. & de monstr.*

Questo risponso di Papiniano fu applaudito da Giustiniano, e ne formò una legge, e prescrisse, che quando esistessero figli e discendenti *in infinitum* dal figlio gravato, questi figli e questi discendenti debbon ad ogni altra persona preferirsi (93). E' regola dunque solennissima di legge, che i discendenti son sempre preferiti ad ogni collaterale, qualunque esso siesi. E quindi per volontà del testatore, diretta colle norme della giurisprudenza, D. Luigi discendente da D. Ferdinando Mirabelli ultimo possessore della primogenitura, dee con ragion somma preferirsi ad ogni altra persona, sia fratello, sia sorella di lui.

D. Luigi è preferito per nuova dichiarazione del testatore.

E questo corso d'idee contenute nella disposizione del testatore, e sviluppate colla direzion delle leggi, è interamente confermato dal testatore stesso in altro luogo del testamento, altra volta già accennato. Si è detto, che dentro i fondi soggetti alla primogenitura esisteva una chiesetta sotto l' invocazione di S. Maria di Loreto. A questa volle il testatore assegnare una dote, e su di questa volle stabilire un patronato. E spiegando la pertinenza di questo patronato prescrisse, ch' esso eternamen-

(93) *L. 30. C. De leg. & fideic.*

mente fosse *de' suoi primogeniti*. Ricordianci ora opportunamente, che *i suoi primogeniti* ancora ha chiamati al godimento della sua primogenitura. E quali sono i primogeniti del patronato? Sono i primogeniti *così di maschi*, *come di femine* (94). E questi *primogeniti e di maschi e di femine* sono espressamente dal testatore inclusi nella sua *famiglia*, perchè egli dichiarò, che *la sudetta chiesa e sua dote sia jus patronato di sua famiglia Mirabelli*. Se non vi è alcuna occasione di pensare diversamente in testa a colui, che contempla egualmente la sua famiglia sì nel patronato, che nella primogenitura, è sicuro, che i primogeniti e di maschi e di femine alla primogenitura sono chiamati egualmente, che al patronato. Lo che abbiam noi nella prima parte ampiamente dimostrato, quando abbiam esposto, che D. Luigi Mascari sia tra la discendenza, tra la posterità di D. Ferdinando, e quindi incluso apertamente nell' invito fatto da D. Francesco. E' quindi sicuro, che le signore sorelle Mirabelli avendo tutte le leggi, tutta la volontà del testatore, tutte le interpretazioni contrarie, debbono avere la sofferenza di non fare ulteriormente la guerra a D. Luigi Mascari.

D. Lui-

(94) *Fol.*

D. Luigi è preferito ancorchè il testamento di D. Francesco contenesse oscurità.

DA tuttociò, che si è detto, è così evidente la dimostrazione della ragione appartenente a D. Luigi, che sembra inutilità trasportarla più oltre. Ma intanto è necessario di stabilirla anche nel dubbio. Figuriam, che la volontà del testatore sia incerta; e che dia luogo a far delle riflessioni a favore delle sorelle Mirabelli. Quali dubbj potrebbero elleno promuovere? Altro non potrebbero dire, se non che, essendo esse agnate Mirabelli debbono per una giusta presunzione aver la prelazione sopra i cognati, tra quali è D. Luigi Mascari. In tutto l'ampissimo campo delle sottigliezze non può trovarsi altra ragione a loro favore. E poichè essa è l'unica, vediamo, se può esser loro fruttifera. Esse son agnate Mirabelli, è vero; ma son figlie di secondogenito. D. Luigi è cognato, è anche vero: ma è discendente da primogenito Mirabelli. Sia ora dubbiosa la volontà del testatore, e si conceda senza pregiudizio della nostra dimostrazione, che si trovi dubbio nelle chiamate degl' individui ridotti a questa strettezza. In questo dubbio siam sempre stretti di regolare l'interpretazione *secundum id, quod credibile est, cogitatum* (95). Questa è la massima

(95) *L. 24. D. de reb. dub.*

ſima regola della interpretazione delle volontà de' teſtatori. Ora qual coſa ſi dee credere da noi, che ſiesi penſata dal teſtatore, quando eſprimevaſi con ſiffatta dubbiezza: quando alle femine agnate non preferiva con evidenza i maſchi cognati? Noi trattiamo di ſucceſſioni traſportate a molti gradi ulteriori, cioè di ſoſtituzioni aggiunte alle iſtituzioni. Or quando ſiamo in queſti caſi, le leggi ſteſſe ci danno la norma per indagare, qual è ſtato il credibile penſiero de'teſtatori, che hanno laſciato de' dubbj nelle loro eſpreſſioni. E ci preſcrivono, ch'è neceſſario di credere ripetite nelle chiamate ulteriori, cioè nelle ſoſtituzioni, tutte le condizioni appoſte nelle prime chiamate, cioè nelle iſtituzioni. Evvi un reſcritto dell'Imperador Severo (96), il quale prefiſſe queſta neceſſaria interpretazione; fu approvato da Papiniano (97), ed i giureconſulti ne traſſero una regola di legge, *videri voluntate teſtatoris repetita a ſubſtituto, quæ ab inſtituto fuerant relicta* (98). Queſta dottrina è applicata da'forenſi alla materia fedecommeſſaria, ſicchè le condizioni appoſte agli eredi iſtituiti s'intendono replicate anche agli eredi gravati progreſſivamente (99). Que-

(96) *L. 61. D. de leg. II.*
(97) *L. 77. §. 15. D. de leg. II.*
(98) *L. 74. D. de leg. I. L. 126. D. de leg. I in fin. L. 82. §. 1. D. de leg. II. L. 63. D. de leg. III.*
(99) *Fuſar. quæſt. 450.*

Questa è teoria senza contradizione. Applichiamola al fatto.

Il testatore ha chiamati in primo luogo tutt'i maschi discretivamente in ciascuna discendenza; e concediamo ancora, che l'abbia chiamati universalmente in tutte le discendenze, supponendo la primogenitura saltuaria. Si può accordare maggior condiscendenza alle signore sorelle Mirabelli? In mancanza di tutt'i maschi, ha invitate le femine. Arrestianci quì un momento. Queste femine come succederanno alla primogenitura nel caso, che sieno molte? Succederanno tutte, o una sola tra esse? Lo stesso testatore suppone, che debba succedere una sola: figurandosi il caso, che una femina posseditrice della primogenitura possa morire con sorelle, e vuole, che in questo caso la posseditrice non ne disponga liberamente (100). Se dunque una femina è posseditrice, e la di lei sorella non è posseditrice, ne siegue, che la primogenitura deve possedersi da una sola femina nel caso, che sieno molte. Questa è la volontà del testatore. Ciò posto qual esser deve la prerogativa di questa femina per poter escludere le altre? Il testatore non l'esprime. Ma avendo stabilito una primogenitura, il senso comune vuole, che la primogenita sia preferita. E dippiù avendo ne' maschi, primi chiamati, preferiti apertamente i pri-

(100) *Che l'ultimo moriente sia maschio*, *sia* femina, *senza lasciar fratelli*, nè sorelle, *nè discendenti*, *abbia il pieno arbitrio di disponere*.

primogeniti debbono essere preferite anche le primogenite nelle femine, chiamate in secondo luogo. Imperocchè debbon intendersi ripetite le stesse condizioni nelle chiamate ulteriori, le quali sono state prescritte nelle prime chiamate, secondo l' esposte da noi teorìe legali.

Questa interpretazione tanto necessaria, quanto è quella, che ci prescrivon le leggi, è sollevata al sommo dalle congetture, le quali in genere di fedecommessi soglion avere moltissima efficacia. Il testatore nell' ultimo accennato paragrafo del suo testamento finge il caso, di cui disputiamo, cioè della mancanza de' maschi discendenti in gradi oltre i figli, e della esistenza delle femine similmente discendenti. Egli medesimo avea figurato ancora il caso della mancanza de' maschi di primo grado, e dell'esistenza di femine ancora di primo grado: ed in questa circostanza avea preferite le femine figlie del primogenito a tutte le altre (101). Egli dunque anche nelle femine ha una volta distinta la sua propensione per le primogenite tra le figlie di primo grado. E' giusta congettura dunque, che nelle femine di grado ulteriore valer debba la stessa distinzione.

La conseguenza di così forti e valevoli argomenti è, che la femina primogenita, e per conseguenza della discendenza primogenita, dev' essere preferita alle secondogenite, e a quelle delle discendenze se-

E con-

(101) *Fol.*

condogenite. Ed essendo certo, che le sorelle Mirabelli sien figlie d' una discendenza secondogenita, ingiustamente si oppongono a D. Ippolita Mirabelli figlia primogenita della discendenza primogenita, ed alle persone tutte della di lei discendenza.

D. Luigi è preferito , non ostantecchè la madre sia premorta all' avolo,

E Quì replicano le sorelle Mirabelli, che esse opponsi non già alla primogenita D. Ippolita, ma a' figli di lei, giacchè nel tempo, in cui D. Ippolita acquistar potea la primogenitura, era già morta. Ecco il luogo di mostrare che la premorienza della madre di D. Luigi al di lui avolo nulla pregiudicar possa al dritto di D.Luigi. Imperocchè costui non va alla primogenitura, ripetendo il suo dritto dalla madre, ma ripetendolo dalla volontà del testatore (102), il quale avendo invitato la discendenza di D. Ferdinando, ha invitato anche D. Luigi, che per legge si ritrova il primogenito di questa discendenza. Basta nascere dalla discendenza primogenita per escludere ogni altro. Questa è la dottrina di tutti gli scrittori, che han trattato punti di primogeniture. Il

(102) *Notetur, fideicommissarium ab herede electum, non habere id lucrum ex testamento heredis, sed primi testatoris. Brunnem. ad l. 67. D. de leg.* 11. n. 4.

Il Baldo, ch'è il maestro primiero della materia de' fedecommessi, gravemente sostiene, che a' primogeniti chiamati non è necessaria la qualità di essere figli di primo grado del possessore: basta essere della linea primogenita, per poterne sempre esercitare il dritto, ed escluderne tutti gli altri (103). Il giusto sentimento del Baldo fu seguito da'più accreditati spagnuoli ed italiani, Peralta, Menchaca, Covarruvia, Paolo di Castro, Socino, Alessandro, Alciato, e da altri molti: e sopra i sentimenti di tali rinomati scrittori l'accuratissimo Molina ridusse a modo di regola questa legale opinione, ove insegnò, che ogni primogenito *nascendo se inclusit, & per consequens exclusit perpetuo secundogenitum; ideoque dum aliquis ex linea primogeniti supererit, nec secundogenitus, nec alius etiam ex ejus linea procedens ad majoratus successionem admittendus erit* (104). Questa grave e vera dottrina insegnò similmente con infinita chiarezza il nostro giurisperitissimo Rovito: *Primogenitus vindicavit pro se primo nascendo jus primogeniturae & pro suis posteris; quia est qualitas habens actum instantaneum, & acquiritur in momento cum nascitur: est haec trasmissio necessaria, in qua non considerantur jura consensus, sed jura naturae* (105). Quindi è, che essendo D. Luigi della discendenza primogenita, ed essendo parimente primogenito, non dee sentir danno niuno

E 2 dallo

(103) *Bald. in l.cum antiquioribus C.de jure delib.*
(104) *De Hispan. primogen. lib.3. c.6. n. 30. 31.*
(105) *Decis. 51.*

dallo essere avvenuto, che sua madre premorì all' avolo suo. La qualità di figlio di primogenita gli ha fatto già acquistare il dritto alla primogenitura. E da queste legali sentenze approvate generalmente si è formata l'altra massima uniforme, e comunemente applaudita, che anche nelle primogeniture agnatizie translineali, in cui si va sempre in traccia del maschio presso tutte quelle linee, nelle quali può rinvenirsi, se accade, che nella linea posseditrice della primogenitura esistano solamente femine, ed esistano maschi nelle altre linee sostituite; la primogenitura non può mai uscir dalla linea posseditrice, se prima tutta la linea non siesi interamente evacuata ne' maschi e nelle femine. Imperocchè la volontà de' testatori è interpretata sempre all' esclusion delle femine *discretivamente* nelle rispettive linee, non generalmente in tutte le linee (106): anche quando vi fosse espressamente aggiunto, che le femine sieno escluse da' maschi (107); poichè sempre devesi la linea posseditrice eva-

(106) *De Rosa Consult.jur.II.n.*24. = *Palma Nep. alleg.*33. *num.* 3. *& seqq. & alleg.* 93. *n.* 6. = *De Luca de fideic. disc.*1. *n.*14. = *Molina de prim. Hisp.lib.* 3. *c.* 6. *n.* 32. = *Valenzuola cons.* 97. *n.* 11. = *Rovit. decis.* 51. *n.* 11. 16. 21.

(107) *Et in terminis præcisis quæstionis nostræ; quod scilicet in successione fideicommissi, ad quod sunt vocati masculi cum exclusione feminarum, adhuc filia ultimi possessoris succedat, exclusis masculis alterius lineæ. Parlador diff. quot. quæst.* 1. *num.* 1.

evacuare, e le femine del possessore formano l' ultimo anello della linea medesima. Questa dottrina dalle linee si è estesa alle discendenze. La linea si forma dalle agnazioni per via de' maschi, e non estende il suo corso per via di femine, le quali vanno a fecondare linee diverse (108). La discendenza si forma da tutte le cognazioni e per via di maschi, e per via di femine: sicchè i figli de' maschi, e delle femine sono compresi nelle discendenze (109). E perciò collo stesso canone di giurisprudenza ricevuta nel foro costantemente, è ingiusto, che una primogenitura discendentale esca dalla discendenza, in cui è già entrata, prima che tutta questa discendenza siesi interamente evacuata, e sieno mancati tutti gl'individui e maschi, e femine della discendenza stessa, siccome è ingiusto, che la primogenitura lineale esca dalla linea posseditrice senza la di lei totale evacuazione. E questa giurisprudenza è fondata su la più sana ragione. I fedecommessi possono diriggersi a più persone, a più linee, a più discendenze, a più famiglie. Le regole di deferirsi son sempre le stesse, proporzionate però al numero de' chiamati. Le persone in primo luogo chiamate debbon mancare per dar luogo alle seconde (110): e così debbon manca-

 re

(108) *Mulier autem familiæ suæ & caput & finis est. L. 195. §. fin. D. de V. S.*

(109) *Novell. CXVIII.*

(110) *Quod in fideicommissis simplicibus dicimus inter*

re le linee di prima chiamata per dar luogo alle sostituite (111); e similmente debbono regolarsi le chiamate delle discendenze, e delle famiglie ancora in modo, che non si può, nè si deve aprir l'ingresso alle seconde chiamate, se universalmente non siensi evacuate le discendenze, o le famiglie in primo luogo invitate. Una eguaglianza di ragione anima i testatori a beneficare, ed una eguaglianza di ragione sostener deve i beneficati (112). E quindi a D. Luigi Mascari, che è primogenito della discendenza chiamata, non può togliersi il dritto della primogenitura discendentale.

Nuo-

ter personas, ut primo nominatus admittatur, licet testatori remotior, id in primogeniis locum habeat inter lineas. De Rosa Consult. 2. num. 24.

(111) *Dum aliquis superest ex linea primogeniti, nec secundogenitus, nec alius ex linea secundogeniti ad primogenium admittendus est. Rovit. decis. 51. num. 16.*

(112) *Ubi est eadem ratio, debet esse eadem juris dispositio, ut in l. illud ad l. Aquil. & l. fin. ad l. Corn. de fals. De Franchis ad tit. feud. de iis, qui feud. dar. poss. §. Hoc autem n. 23.*

Nuovo robusto argomento a favore di D.Luigi. Confessione degli avversarj.

IL caso presente può comprendere due aspetti. La morte di D. Ferdinando accaduta nel 1781, la quale risvegliò la qualità agnatizia saltuaria della primogenitura, opposta prima da D. Nicola, e poi da D. Pietro, forma il primo caso. E in questo primo aspetto le femine Mirabelli niun dritto aveano, nè poteano avere su la primogenitura. Il secondo aspetto si produce dopo la morte di D.Pietro, in cui si ravvisa la esistenza de' maschi figli di D. Ippolita, e delle femine figlie di D. Pietro. Or esse non sono comprese nella chiamata del testatore; ma ci van dicendo in congetture, che debbon essere ammesse al godimento della primogenitura, perchè son agnate Mirabelli, e D. Luigi è cognato. Tutte le opposizioni si riducono a queste due parole. Esse dunque si fondano sopra una congettura, che si vuol trarre dalla presunta volontà del testatore. Sia questa interpretazione autorizzata da centomila scrittori, essa non ci presenta, che *una congettura* a loro favore. Non hanno legge, non hanno volontà chiara, che le garantisca. Vediamo all'incontro, se D. Luigi Mascari abbia un dritto certo a fronte della loro congettura. D. Luigi espone la volontà certa del testatore, che chiama *le discendenze* de' figli di D. Daniello; e si dica quel, che si vuole, egli è certo, che *le discendenze*, *le posterità* per legge comprendono

dono anche i figli di femina, almeno di primo grado, ficcome fi è già dimoftrato. In fecondo luogo egli efpone di effer difcendente, i cui dritti per legge fon fempre preferiti a' dritti de' collaterali. E la volontà del teftatore, che nelle primogeniture potrebbe effer la fola maniera di altercare contro le leggi fcritte, non folo non è contraria, ma è altresì favorevole a quefte due propofizioni. Facciamla breve. Qual de' contendenti deve effere preferito, D. Luigi Mafcari, o le signore forelle Mirabelli? Il dritto delle forelle è una femplice congettura: il dritto di D. Luigi è una dimoftrazione tratta dal teftamento e dalle leggi: nè può effervi occafione da negare l' efpreffioni del teftamento, e le regole delle leggi. Il dritto dunque di D.Luigi è molto maggiore di una congettura, per favorevole che quefta fia alle forelle Mirabelli. Si fcioglierà mai quefto nodo, che avvolge le noftre contraddittrici? Quefto nodo è tanto indiffolubile, quanto che è ftato già ftretto dagli fteffi avverfarj. I mafchi Mirabelli, quando contendevano la primogenitura a D. Luigi Mafcari, altamente gridavano, che il di lui dritto doveva efercitarfi allora, *quando i mafchi Mirabelli fosser mancati*: che il godimento della primogenitura gli fi dovea deferire allora, quando effi mafchi foffero eftinti. Or quefti mafchi tutti fon cenere. La primogenitura dunque è dovuta a D. Luigi per confeffione degli fteffi avverfarj. Lungi dunque le difpute: lungi la qualità agnatizia mafcolina, che non vi è più: lungi la qualità di figli di pof-
fef-